

## VU Research Portal

### **'Het toezichthoudend oog van de rechter ziet in werkelijkheid weinig'. Toets door de rechter van ouderschapsplannen en echtscheidingsconvenanten**

Coenraad, L.M.

#### ***published in***

Het nieuwe scheidingsrecht. Ouderschapsplan, positie van het kind, regierechter en collaborative divorce 2010

#### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

#### ***citation for published version (APA)***

Coenraad, L. M. (2010). 'Het toezichthoudend oog van de rechter ziet in werkelijkheid weinig'. Toets door de rechter van ouderschapsplannen en echtscheidingsconvenanten. In M. V. Antokolskaia, & L. M. Coenraad (Eds.), *Het nieuwe scheidingsrecht. Ouderschapsplan, positie van het kind, regierechter en collaborative divorce* (pp. 81-94). Boom Juridische uitgevers.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

#### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# ‘Het toezichthoudend oog van de rechter ziet in werkelijkheid weinig’<sup>1</sup>

## Toets door de rechter van ouderschapsplannen en echtscheidingsconvenanten

Lieke Coenraad

### I Inleiding

In 1993 heeft Lenters de rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure principieel ter discussie gesteld.<sup>2</sup> Uitgangspunt voor haar onderzoek was de constatering dat de werkzaamheden van de rechter veelal van slechts administratieve aard zijn, indien partijen overeenstemming hebben bereikt over zowel echtscheiding als haar gevolgen (ook wel aangeduid als de (quasi)notariële functie van de rechter, zie par. 4). De echo van haar onderzoek is duidelijk te horen in de latere parlementaire en wetenschappelijke discussie over de wenselijkheid van een administratieve echtscheiding en die over het ouderschapsplan. Hierbij werd herhaaldelijk de vraag gesteld welke de toegevoegde waarde van de rechter is als partijen het eens zijn over echtscheiding en haar gevolgen en kwam uitvoerig de vraag naar de omvang van de rechterlijke toets van partijafspraken aan de orde.<sup>3</sup>

Enerzijds had de discussie een zuiver feitelijk karakter, aangezien gevraagd werd in hoeverre de rechter (of de griffier?) dergelijke partijafspraken nu daadwerkelijk *toetst*. Anderzijds was de discussie meer normatief van aard, nu ook gedebatteerd werd over de vraag in hoeverre de rechter partijafspraken *behoort* te toetsen.<sup>4</sup>

Een afdoend antwoord op de vraag naar de omvang van de toets door de rechter van echtscheidingsconvenanten en ouderschapsplannen heeft de discussie niet opgeleverd. Opeenvolgende verantwoordelijke ministers Donner, Hirsch Ballin en Rouvoet hebben een uitgebreide toets van partijafspraken gepropageerd: de rech-

1 SP-senator Quik-Schuijt: *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 399.

2 H. Lenters, *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993.

3 Zie ook de bijdrage van Antokolskaia in deze bundel.

4 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 132, p. 3-4; *Handelingen II* 2005/06, 6, p. 296 en 300 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 676, nr. 14, p. 4-5.

ter moet de afspraken niet alleen toetsen aan wet, verdrag en jurisprudentie, maar ook aan het belang van het kind en de zwakkere echtgenoot (par. 3). In reactie daarop lieten rechters echter weten dat zij zich niet konden herkennen in een dergelijke uitgebreide toets: in de praktijk wordt marginaal getoetst (par. 4).

Deze discrepantie tussen de opvatting van de ministers enerzijds en de opvatting van de rechters anderzijds over de omvang van de toets door de rechter heb ik tot uitgangspunt genomen van deze bijdrage. Moeten rechters gewoon nog wennen aan het idee dat van hen sinds 1 maart 2009 met de invoering van het verplicht ouderschapsplan een uitgebreidere toets van partijafspraken wordt verwacht dan voorheen? Of hebben de rechters een principieel punt, wanneer zij stellen dat de beschikkingsvrijheid van partijen in het geding is als partijafspraken aan een uitgebreide rechterlijke toets onderworpen moeten worden? In paragraaf 5 zal ik mijn visie geven op de vraag of de echtscheidingsrechter door partijen gemaakte afspraken nu uitgebreid of marginaal behoort te toetsen. In paragraaf 6 zal ten slotte blijken welke de eerste ervaringen zijn met het toetsen van ouderschapsplannen door rechters in eerste aanleg. Allereerst zal ik echter kort ingaan op de vraag waarom dergelijke onderlinge regelingen van partijen eigenlijk aan de rechter worden voorgelegd (par. 2).

## 2 Waarom partijafspraken aan de rechter worden voorgelegd

Anders dan voor de echtscheiding als zodanig,<sup>5</sup> is voor het regelen van de gevolgen daarvan niet steeds rechterlijke tussenkomst vereist. Tot 1 maart 2009 waren partijen zelfs geheel vrij in hun beslissing of ze de rechter zouden betrekken bij de gevolgen van hun echtscheiding. Met de invoering van de wettelijke regeling van het verplichte ouderschapsplan op 1 maart 2009 zijn partijen echter een deel van hun partijautonomie kwijtgeraakt. Over de gevolgen van hun scheiding voor hun minderjarige kinderen worden zij namelijk geacht afspraken te maken die zij aan de rechter moeten voorleggen. Het nieuwe tweede lid van artikel 815 Rv schrijft immers voor dat het verzoekschrift tot echtscheiding een ouderschapsplan bevat, waarin krachtens het derde lid de belangrijkste gevolgen van echtscheiding voor kinderen door de ouders in onderling overleg moeten zijn geregeld, te weten de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken, de wijze van informatie verschaffen en raadplegen en de kosten van verzorging en opvoeding.<sup>6</sup> Het initiatief om de

5 De verplichte rechterlijke tussenkomst bij echtscheiding blijkt uit art. 1:150, 1:151 en 1:154 BW, procesrechtelijk uitgewerkt in art. 815 e.v. Rv.

6 Ik beperk me in deze bijdrage tot de echtscheiding, als de meest voorkomende vorm van scheiding. Bedacht moet echter worden dat de eis van het ouderschapsplan ook geldt voor de verzoeken tot scheiding van tafel en bed, tot ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed (een kennelijk hernieuwd ouderschapsplan, aangezien de verplichting ook reeds gold voor het eraan voorafgaande verzoek tot scheiding van tafel en bed) en tot ontbinding van het geregistreerd partnerschap (zie het kopje van par. 3.6.2.1 Rv (art. 815 Rv e.v.) en art. 828 Rv). Daarnaast geldt de eis van het ouderschapsplan ook voor ouders met gezamenlijk gezag die hun informele relatie beëindigen (art. 1:247a BW). Hetgeen ik in deze bijdrage betoog over de toets door de rechter van ouderschapsplannen, is dus van overeenkomstige toepassing op ouderschapsplannen bij deze andere vormen van scheiding.

rechter bij dergelijke gevolgen te betrekken, zijn partijen dus kwijt.<sup>7</sup> Hieruit blijkt duidelijker dan ooit dat de gevolgen van een scheiding voor de daarbij betrokken minderjarige kinderen van openbare orde zijn.<sup>8</sup> Partijen zijn overigens nog wel vrij in de keuze of zij bovendien krachtens artikel 819 Rv opneming van de in het ouderschapsplan neergelegde afspraken in de beschikking willen verzoeken, zodat deze van een executoriale titel zijn voorzien.

Niet van openbare orde zijn de – veelal vermogensrechtelijke – echtscheidingsgevolgen die de echtgenoten onderling betreffen, zoals partneralimentatie, verdeling of verrekening en pensioenrechten. Partijen kunnen deze gevolgen immers in onderling overleg regelen, zonder dat ze hun afspraken aan de rechter hoeven voor te leggen. Zij kunnen dit krachtens artikel 819 Rv<sup>9</sup> wel doen, zodat de rechter die afspraken van een executoriale titel voorziet.<sup>10</sup> Het initiatief voor deze rechterlijke tussenkomst ligt echter bij partijen.

### **3 Ministers: uitgebreide toets en uitsluitend door rechter zelf**

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de rechter afspraken die partijen – al dan niet verplicht – aan hem voorleggen, geacht wordt te toetsen. Opeenvolgende ministers hebben zich uitgelaten over de toets door de rechter van partijafspraken over de gevolgen van echtscheiding. In deze paragraaf beperk ik mij tot deze visie van de verantwoordelijke ministers op de rechterlijke toets van ouderschapsplannen (par. 3.1) en van afspraken over de (vermogensrechtelijke) echtscheidingsgevolgen die de echtgenoten onderling betreffen (par. 3.2). Voor de toets van alle afspraken geldt in ieder geval dat het uitsluitend de rechter zelf is die toetst en dat van delegatie aan griffiers geen sprake kan zijn, aldus de ministers (par. 3.3).

#### **3.1 Toets van het ouderschapsplan**

In de parlementaire geschiedenis van de op 1 maart 2009 in werking getreden regeling van het verplicht ouderschapsplan is de toets door de rechter van dit ouderschapsplan een regelmatig terugkerend thema. Om te beginnen spreekt toenmalig minister van Justitie Donner in de memorie van toelichting (MvT) over een ‘ambtshalve toets’ door de rechter van de volgende omvang:<sup>11</sup>

7 Dit initiatief om een procedure te starten is een van de kenmerken van partijautonomie. Vgl. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Jurische uitgevers 2003, p. 68.

8 Vgl. M.J.C. Koens, ‘De familierechter: een lijdelijk en/of leidend rechter?’, *FJR* 2006, p. 128; vgl. ook Lenters 1993, o.m. p. 30 e.v., p. 104-105 en 109.

9 In de praktijk komt het ook wel voor dat partijen (krachtens art. 827 Rv) de rechter verzoeken te beslissen overeenkomstig hun afspraken. Hiermee wordt hetzelfde resultaat bereikt als langs de weg van art. 819 Rv: de afspraken van partijen worden door de rechterlijke uitspraak van een executoriale titel voorzien.

10 Vgl. art. 11.1 Procesreglement Scheiding en de toelichting daarop.

11 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 9-10.

‘Bij een verzoek tot echtscheiding toetst de rechter of de gemaakte afspraken in het belang van het kind zijn (...). De rechter toetst ook of de gemaakte afspraken niet in strijd zijn met de wet of jurisprudentie.’

Ook de huidige verantwoordelijke ministers Hirsch Ballin (Justitie) en Rouvoet (Jeugd en Gezin) noemen in de verdere politieke discussie wet, jurisprudentie en vooral het belang van het kind als vaste toetsstenen voor het ouderschapsplan, aangevuld met de toets of geen sprake is van misbruik van omstandigheden.<sup>12</sup> Met name de toets of de afspraken in het belang van het kind zijn en of geen sprake is van misbruik van omstandigheden is niet goed denkbaar zonder dat de rechter zich inhoudelijk in de zaak verdiept. Deze criteria voor toetsing impliceren derhalve een uitgebreide rechterlijke toets van het ouderschapsplan. Op de vraag hoe reëel een dergelijke uitgebreide toets in de praktijk is, zal ik in paragraaf 4 en 5 nader ingaan. Voor nu volstaat de constatering dat opeenvolgende verantwoordelijke ministers duidelijk hebben aangegeven dat van de rechter een dergelijke uitgebreide toets wordt verwacht.

Van deze uitgebreide rechterlijke toets van afspraken over de kinderen was overigens ook al sprake vóór invoering van het verplicht ouderschapsplan. Ook afspraken over kinderen die vrijwillig aan de rechter werden voorgelegd ter verkrijging van een executoriale titel (art. 819 Rv) moesten al uitgebreid worden getoetst. Toenmalig minister van Justitie Donner lichtte in 2003 de Tweede Kamer, onder aanhaling van de Raad voor de rechtspraak, als volgt in over deze toets:<sup>13</sup>

‘Ten aanzien van verzochte nevenvoorzieningen heeft de rechter in een aantal zaken met name bij verzoeken omtrent kinderen de plicht om ambtshalve te toetsen of afspraken in overeenstemming zijn met wet of verdragen en of de afspraken in het belang van het kind zijn. In die gevallen wordt soms afgeweken van afspraken tussen partijen.’

Voor de omvang van de toets van afspraken over de kinderen maakt het dus niet uit dat het ouderschapsplan sinds 1 maart 2009 verplicht aan de rechter moet worden voorgelegd. Ook voor de voordien vrijwillig aan de rechter voorgelegde afspraken over kinderen golden het belang van het kind en de wet en verdragen als toetsstenen. Overigens moeten partijen die hun afspraken in het ouderschapsplan van een executoriale titel willen laten voorzien, de rechter nog steeds een apart daartoe strekkend verzoek krachtens artikel 819 Rv doen, zoals boven bleek.<sup>14</sup> Aangezien de rechter het ouderschapsplan steeds moet toetsen – dus ongeacht of daar een 819 Rv-verzoek aan is gekoppeld – en aangezien de (voormalige) 819 Rv-toets blijkens voormeld citaat identiek is aan de huidige toets van het ouderschapsplan, kan de rechter desverzocht een als voldoende beoordeeld ouderschapsplan zonder extra toets van een executoriale titel voorzien, door het ouderschapsplan op te nemen in de echtscheidingsbeschikking.

12 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 145, C, p. 12; *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 402, 405, 409 en 411.

13 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 132, p. 3-4.

14 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 404, 412-413, p. 421-422.

### 3.2 Toets van afspraken over de (vermogensrechtelijke) gevolgen voor de echtgenoten onderling

Zoals bleek, hoeven afspraken over de – veelal vermogensrechtelijke – echtscheidingsgevolgen die de echtgenoten onderling betreffen, niet verplicht aan de rechter voorgelegd te worden. Leggen partijen dergelijke afspraken toch aan de rechter voor ter verkrijging van een executoriale titel, dan zal de rechter moeten beoordelen of hij het daartoe strekkend verzoek zal toewijzen (art. 819 Rv). Welke toets behoort de rechter daarbij aan te leggen? Deze vraag is lang niet zo uitvoerig behandeld in de parlementaire geschiedenis als de vraag naar de toets van het ouderschapsplan. Maar in een antwoord van de ministers Hirsch Ballin en Rouvoet aan de Eerste Kamer wordt op zijn minst de indruk gewekt dat zij ook voor afspraken die uitsluitend de echtgenoten onderling betreffen, uitgaan van een uitgebreide toets:<sup>15</sup>

‘De leden van de fractie van D66 vroegen een nadere verduidelijking te geven van de extra waarborgen die een rechterlijke toets biedt in het geval van een consensuele echtscheiding, met name indien bij de scheiding geen kinderen zijn betrokken. (...) Gaat het om een scheiding zonder kinderen, dan is de waarborg met name gelegen in de volgende omstandigheden. Er is een betere bescherming van [de; LC] zwakkere partij tegen “gedwongen overeenstemming” of “misbruik van omstandigheden”. Daarnaast zijn de afspraken (bijvoorbeeld hoogte partnernalimentatie) die zijn opgenomen in de rechterlijke beschikking van rechtswege voorzien van een executoriale titel. (...). Tot slot neemt de rechterlijke toetsing ook in ogenschouw of de gemaakte afspraken niet in strijd zijn met de wet of jurisprudentie.’

Voor het toetsen aan wet en jurisprudentie zal doorgaans een marginale toets volstaan. Beide ministers gaan er echter kennelijk vanuit dat de rechterlijke toets de zwakkere partij beter beschermt, doordat door die toets gevallen van gedwongen overeenstemming en misbruik van omstandigheden aan het licht kunnen komen. Zoals ik in de vorige subparagraaf reeds stelde, zal misbruik van omstandigheden niet snel blijken als de rechter zich niet inhoudelijk in de zaak verdiept, en datzelfde geldt voor gedwongen overeenstemming. Op basis van uitsluitend de afspraken zal de rechter immers doorgaans niet kunnen opmaken of sprake is van gedwongen overeenstemming of misbruik van omstandigheden.

De ministers presenteren de rechterlijke toets hier als waarborg van het belang van de zwakkere echtgenoot. In paragraaf 5 zal blijken in hoeverre de rechter in de praktijk tot de daarvoor vereiste uitgebreide toets in staat is.

### 3.3 Alleen de rechter mag toetsen

In een eerder stadium van de politieke discussie – om precies te zijn, in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel Luchtenveld met daarin een voorstel

<sup>15</sup> Kamerstukken II 2007/08, 30 145, C, p. 12.

voor de administratieve echtscheiding<sup>16</sup> – hebben meerdere Tweede Kamerleden de vraag gesteld of de rechter de aan hem voorgelegde echtscheidingsconvenanten wel zelf toetste of dat hij dit overliet aan de griffier.<sup>17</sup> Achtergrond van deze vraag was uiteraard de toegevoegde waarde van de rechter, indien partijen het over zowel echtscheiding als alle gevolgen daarvan eens zijn. Het wetsvoorstel Luchtenveld heeft het, zoals bekend, niet gehaald.<sup>18</sup> Zoals uit deze bijdrage moge blijken, bleef de vraag naar de toets door de rechter van partijafspraken over de gevolgen van hun echtscheiding echter actueel; al was het maar in het kader van de discussie over het verplicht ouderschapsplan. Daarbij dook ook weer de vraag op wie, binnen de rechtspraak, de afspraken nu behoort te toetsen. Ook op dit punt hebben de huidige ter zake verantwoordelijke ministers Hirsch Ballin en Rouvoet hun visie geformuleerd:

‘Wij gaan ervan uit dat de rechterlijke toets van het ouderschapsplan steeds door de rechter zal plaatsvinden, en dat dit niet aan de griffie zal worden overgelaten: de bepalingen kennen in deze geen bevoegdheid aan de griffie en de griffier toe. Dit staat er overigens niet aan in de weg dat voorwerk door de griffie kan worden gedaan. Dat is thans (ook) in familiezaken niet anders.’

Een heldere boodschap: de rechter toetst en niemand anders. In de volgende paragrafen zal ook van deze visie blijken hoe reëel deze is.

#### 4 Praktijk: beeld van uitgebreid toetsende rechter klopt niet

In de vorige paragraaf is gebleken dat de opeenvolgende verantwoordelijke ministers consequent hebben aangegeven dat de rechter (en niemand anders) de aan hem voorgelegde afspraken over de gevolgen van echtscheiding uitgebreid behoort te toetsen aan wet, jurisprudentie, verdragen en aan het belang van het kind of van de zwakkere echtgenoot. In deze paragraaf zal echter blijken dat deze ministeriële opvatting in de politiek en literatuur niet unaniem gedeeld wordt en dat de praktijk zich niet in een dergelijke uitgebreide rechterlijke toets herkent.

In 2003 moest toenmalig minister van Justitie Donner de Tweede Kamer nog meedelen dat ‘zonder nader onderzoek geen cijfers beschikbaar zijn’ over ‘de mate waarin de rechter de gemaakte afspraken in een echtscheidingsconvenant inhoudelijk toetst’.<sup>19</sup> Literatuur uit diezelfde periode gaat er echter als vanzelfsprekend vanuit dat de rechter afspraken van partijen slechts beperkt toetst. De behandeling van gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding wordt hierbij als hét

16 Het initiatiefwetsvoorstel Wet beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap, *Kamerstukken I* 2005/06, 29 676, A.

17 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 676, nr. 14, p. 5-6; *Handelingen II* 2005/06, 6, p. 296 en 300.

18 *Handelingen I* 2005/06, nr. 32, p. 1483.

19 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 132, p. 3.

voorbeeld genoemd van de (quasi)notariële functie van de rechter, waarbij hij, na een beperkte toets, de partijafspraken formeel bekrachtigt.<sup>20</sup>

Dit beeld van de marginaal toetsende, ‘quasinotariële’ rechter wordt gedeeld door de rechtspraak, getuige de kritische reacties vanuit die praktijk (en daartoe reken ik voor het gemak ook senatoren met ervaring als rechter) op de visie van de ministers dat de rechter uitgebreid behoort te toetsen. Bij herhaling geven de senatoren Quik-Schuijt (SP) en Strik (GroenLinks) aan dat de rechter afspraken van partijen ‘stempelt’ en dus slechts als ‘stempelmachine’ functioneert.<sup>21</sup> Beide senatoren spreken uit rechterlijke ervaring in familiezaken. Strik:<sup>22</sup>

‘Sinds de duurzame ontwijking van het huwelijk de enige grond is, kan ik mij niet herinneren dat ik ooit iets heb moeten toetsen toen ik rechter was.’

En Quik-Schuijt meent dat de opmerking van toenmalig minister van Justitie Donner in de MvT dat het uitsluitend de rechter zelf is die het ouderschapsplan toetst<sup>23</sup> ‘getuigt van de nodige naïviteit’, immers:

‘De griffie kijkt of het ouderschapsplan voldoet aan de minimale voorwaarden en legt het bij twijfel voor aan de rechter.’

Ook Van Teeffelen, raadsheer bij het Gerechtshof Den Bosch, is van oordeel dat de rechterlijke toets van het ouderschapsplan ‘zeer beperkt zal zijn’.<sup>24</sup> En de Arnhemse rechters Ackermans-Wijn en Brands-Bottema stellen dat het in de MvT geschetste beeld van de rechter die actief toetst of de afspraken van partijen wel in het belang van het kind zijn ‘dient te worden bijgesteld’. Uitgaande van het voorbeeld dat partijen in het ouderschapsplan hebben gekozen voor een standaardomgangsregeling van een weekend per veertien dagen menen zij dat:<sup>25</sup>

‘(...) de toets van de rechter een minimale toets [zal] zijn, dat wil zeggen een marginale toets aan de minimumeisen van het ouderschapsplan en een toets op overige strijd met de wet. De rechter zal naar ons oordeel niet ambtshalve beoordelen of het overgelegde plan wel genoeg uitdrukking geeft aan het beginsel van gelijkwaardig ouderschap of dat een uitgebreidere omgangsregeling in dit geval meer aangewezen zou zijn geweest.’

Zij verwachten dan ook dat:<sup>26</sup>

20 D. Reiling, ‘Rechtspraak in de digitale delta’, *NJB* 2003, p. 2289. Zie ook W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 30.

21 *Handelingen I* 2008/08, 8, p. 399-400 en 407.

22 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 407.

23 Waarover reeds in par. 3.3.

24 P.A.J.Th. van Teeffelen, ‘Over ouderschapsplannen, gelijkwaardig ouderschap en andere schoone voornemens’, *EB* 2006, p. 154-155.

25 J.C.E. Ackermans-Wijn & G.W. Brands-Bottema, ‘De invoering van het ouderschapsplan: goed bedoeld, maar slecht geregeld’, *Trema* 2009, p. 51.

26 Ackermans-Wijn & Brands-Bottema 2009, p. 51.



‘(...) in het geval dat advocaten een geheel standaard, van internet geplukt ouderschapsplan overleggen, dit plan naar alle waarschijnlijkheid probleemloos de marginale toets en de toets op strijd met de wet zal doorstaan.’

Eenzijds is er dus de opdracht van de ministers aan de rechter om partijafspraken, in het bijzonder het ouderschapsplan, te toetsen aan wet, verdrag, jurisprudentie én het belang van het kind. Anderzijds is daar de stellige opvatting van rechters dat van een dergelijke uitgebreide toets geen sprake kan zijn. Hoe dit verschil van mening te duiden? Deze vraag staat centraal in de volgende paragraaf.

## 5 De rechterlijke toets vanuit het perspectief van beschikkingsvrijheid en partijautonomie

Een benadering van het probleem waarbij rechters gewoon nog moeten wennen aan het idee dat van hen sinds 1 maart 2009 met de invoering van het verplicht ouderschapsplan een uitgebreidere toets van partijafspraken wordt verwacht dan voorheen, is te eenvoudig. Mijs inziens hebben de rechters een – principieel – punt, waarvan de verantwoordelijke ministers zich onvoldoende rekenschap hebben gegeven. Ik zal dit toelichten aan de hand van de twee argumenten vóór een beperkte toets, die ik uit de betogen vanuit de praktijk afleid: het (op het eerste gezicht, zuiver) praktische argument dat het verloop van de procedure op gemeenschappelijk verzoek de rechter slechts tot een beperkte toets in staat stelt (par. 5.1) en het principiële argument van de beschikkingsvrijheid van partijen die de gevolgen van hun echtscheiding in onderling overleg weten te regelen (par. 5.2). Tot besluit van deze paragraaf behandel ik de vraag welke de consequenties dienen te zijn van een toets die negatief uitvalt (par. 5.3).

### 5.1 ‘Het toezichthoudend oog van de rechter ziet in werkelijkheid weinig’

Ten eerste wijzen de rechters erop dat ze *praktisch* gezien niet in staat zijn tot een uitgebreide toets. Zij gaan er, net als de wetgever,<sup>27</sup> terecht vanuit dat echtscheidingsconvenanten en ouderschapsplannen bij gemeenschappelijk verzoek aan de rechter zullen worden voorgelegd. Partijen zijn het in dat geval immers eens over de echtscheiding en haar gevolgen. Krachtens artikel 818 j° 279 Rv vindt in een dergelijke procedure in beginsel geen mondelinge behandeling plaats.<sup>28</sup> Wel moeten minderjarige kinderen van twaalf jaar (resp., in geval van kinderalimentatie, zestien jaar) of ouder ingevolge artikel 809 Rv in de gelegenheid worden gesteld om gehoord te worden, maar aan de uitnodiging daartoe geven kinderen lang niet altijd gehoor.<sup>29</sup>

In veel gevallen zal de rechter dus alleen het gemeenschappelijk verzoek en de onderlinge regeling in de vorm van echtscheidingsconvenant en/of ouderschapsplan

<sup>27</sup> Zie par. 2 en *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 402 e.v.

<sup>28</sup> Zie over dit procesverloop nader L.M. Coenraad, ‘Afdoening zonder mondelinge behandeling. Een nieuwe tendens in echtscheidings- en alimentatiezaken’, *FJR* 2004, p. 2 e.v.

<sup>29</sup> Zie over het horen van kinderen in het kader van de echtscheidingsprocedure de bijdrage van Forder in deze bundel.

– als eindresultaat van onderhandelingen waarbij hij niet aanwezig is geweest<sup>30</sup>  
– zien; zonder onderliggende stukken, zonder mondelinge behandeling en zonder de kinderen gehoord te hebben. Het verloop van de echtscheidingsprocedure op gemeenschappelijk verzoek stelt rechters dus over het algemeen tot slechts een beperkte toets in staat, waarbij een toets aan het belang van het kind doorgaans niet mogelijk is. Zo werpt Quik-Schuijt terecht de vraag op:<sup>31</sup>

‘Hoe toets je, zonder de ouders op te roepen, of er wel een goede communicatie is en of gezamenlijk gezag wel in het belang van het kind is? Dat zal met een ouderschapsplan niet anders gaan. De minister denkt toch niet dat in het vervolg alle gemeenschappelijke verzoeken met kinderen op zitting zullen worden behandeld?’

En een eventueel misbruik van omstandigheden zal bij een procedure op gemeenschappelijk verzoek om dezelfde reden ook voor de rechter verborgen blijven, aldus Ackermans-Wijn en Brands-Bottema.<sup>32</sup>

‘Een ambtshalve toetsing op grond van misbruik van omstandigheden zal al helemaal niet plaatsvinden bij een gemeenschappelijk verzoek, want daarvoor is nodig dat een partij zich beroept op de nietigheid van de overeenkomst en dat gebeurt uiteraard niet bij een gemeenschappelijk verzoek.’

Van een uitgebreide toets van partijafspraken zal derhalve bij de procedure op gemeenschappelijk verzoek doorgaans geen sprake kunnen zijn. Quik-Schuijt heeft dus gelijk wanneer zij stelt dat ‘het toezichhoudend oog van de rechter (...) in werkelijkheid weinig ziet’.<sup>33</sup>

Het verloop van de procedure op gemeenschappelijk verzoek is echter veel meer dan slechts een praktisch beletsel om uitgebreid te toetsen. Dit procesverloop, waarbij in beginsel geen mondelinge behandeling plaatsvindt, geeft veeleer juist uitdrukking aan de *principiële* (liberale) idee dat inmenging van de overheid – in de persoon van de rechter – in dergelijke consensuele gevallen tot een minimum beperkt moet blijven. Uit de regels van het procesrecht vloeit dus een bewust beperkte slagkracht van de rechter voort, indien partijen het onderling eens zijn geworden over de gevolgen van hun echtscheiding.

Hebben de verantwoordelijke ministers dit over het hoofd gezien, nu zij consequent pleiten voor een uitgebreide toets door de rechter van partijafspraken, terwijl deze daartoe praktisch gezien bij gemeenschappelijke verzoeken doorgaans niet in staat zal zijn? Geheel ontgaan is het toenmalig minister van Justitie Donner in ieder geval niet. In de MvT staat immers:<sup>34</sup>

30 Zie hierover nader L.M. Coenraad, ‘Procederen over het voortgezet ouderschap. Te weinig aandacht voor het procesrecht in het wetsvoorstel Luchtenveld’, in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006, p. 77.

31 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 397. In vergelijkbare zin: Ackermans-Wijn & Brands-Bottema 2009, p. 51.

32 Ackermans-Wijn & Brands-Bottema 2009, p. 51.

33 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 399.

34 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 9-10.

‘De rechterlijke toets wordt efficiënt uitgevoerd, omdat de gezamenlijke verzoeken zonder mondelinge behandeling kunnen worden afgedaan. (...)

[D]e rechterlijke toets [wordt] reeds efficiënt uitgevoerd. (...) Veel verzoeken worden zonder mondelinge behandeling afgedaan (maar worden wel ambtshalve door de rechter getoetst). Dit betreft met name de gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding.’

Een creatieve oplossing van de minister: de in *omvang* uitgebreide toets, wordt op efficiënte *wijze* uitgevoerd. Met de uit ervaring sprekende rechters (zie par. 4) – en uit eigen ervaring – ben ik echter van oordeel dat, bij gebreke van een mondelinge behandeling en kinderverhoor, de toets van de rechter niet anders dan marginaal van omvang kan zijn en dat de toets om deze reden efficiënt uitgevoerd kan worden.<sup>35</sup>

## 5.2 Beschikkingsvrijheid van partijen

De vraag naar de omvang van de toets door de rechter raakt aan het fundamentele punt van de mate van vrijheid die partijen hebben om te beschikken over de gevolgen van hun echtscheiding. Een uitgebreide rechterlijke toets van partijafspraken impliceert immers een beperkte beschikkingsvrijheid van partijen. Het was Linters die in 1993 de beschikkingsvrijheid van partijen in een echtscheidingsprocedure voor het eerst – en daarmee deels onder oud recht – uitvoerig in verband heeft gebracht met de tussenkomst van de rechter.<sup>36</sup>

Ook in de huidige discussie over de omvang van de rechterlijke toets wordt de beschikkingsvrijheid van partijen in stelling gebracht. Zo bepleiten de Arnhemse rechters Ackermans-Wijn en Brands-Bottema op zuiver principiële gronden (en dus los van de vraag of de rechter – gelet op het verloop van de procedure op gemeenschappelijk verzoek – praktisch gezien in staat is om partijafspraken uitgebreid te toetsen) een slechts marginale toets van het ouderschapsplan:

‘Op grond van het ouderlijk gezag, dat ook na de echtscheiding van rechtswege doorloopt, zijn de ouders immers in beginsel vrij om afspraken te maken in het ouderschapsplan zoals het hun wenselijk voorkomt. Bedacht moet worden dat wettelijke verplichtingen om iets te doen of te bevorderen, zoals de in art. 1:247 BW neergelegde plicht om de ontwikkeling van de band van het kind met de andere ouder te bevorderen of het realiseren van het recht van het kind op gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders, een grote mate van keuzevrijheid voor de ouders impliceert om die verplichtingen vorm te geven zoals zij zelf graag willen. Die ouderlijke vrijheid zal de rechter moeten accepteren op grond van de autonomie die het ouderlijk gezag meebrengt en daarom zal hij het ouderschapsplan slechts marginaal dienen te toetsen.’

35 Van deze realiteitszin getuigde wel de toelichting op het (nader gewijzigd) amendement Kalsbeek/De Pater-van der Meer van het door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel Luchtenveld: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 676, nr. 25, p. 3: ‘De meeste ouders zullen er zelf in slagen goede afspraken te maken. De rechterlijke toetsing kan dan marginaal zijn.’

36 Linters 1993, m.n. hoofdstukken 3 en 5, in het bijzonder p. 189 e.v.

Meermalen refereren deze rechters hier aan de inhoudelijke vrijheid die ouders hebben om afspraken te maken over de gevolgen van echtscheiding voor hun kinderen. Deze vrijheid leiden zij af uit de ‘autonomie die het ouderlijke gezag meebrengt’. Dit is een gedachte die mij aanspreekt en die bovendien goed past bij de herhaaldelijk door de opeenvolgende verantwoordelijke ministers bepleite opvatting dat het voortgezet ouderschap primair de verantwoordelijkheid van de ouders zelf is.<sup>37</sup> De ministers zijn echter kennelijk van oordeel dat deze ouderlijke verantwoordelijkheid onder toezicht van de rechter behoort te staan, nu de rechter geacht wordt de afspraken uitgebreid te toetsen.

Van een dergelijke toets willen deze rechters dus niets weten. Dit liberale geluid was ook al te horen in de parlementaire discussie die aan de invoering van de regeling van het verplicht ouderschapsplan vooraf is gegaan en wel vanuit meer progressieve hoek. De bezwaren van Tweede Kamerleden Pechtold (D66)<sup>38</sup> en Halsema<sup>39</sup> (GroenLinks) en PvdA-senator Haubrich-Gooskens<sup>40</sup> tegen de huidige wettelijke regeling van het in beginsel verplichte – en daarmee door de rechter te controleren – ouderschapsplan zijn terug te voeren op hun opvatting dat de overheid terughoudend moet zijn met de inmenging in de privésfeer. De discussie over de omvang van de toets door de rechter van partijafspraken is derhalve een principiële discussie over de mate van overheidsinmenging door wetgever en rechter bij een privéaangelegenheid als het beëindigen van een huwelijk.

Uiteraard staan de gevolgen van echtscheiding betreffende minderjarige kinderen niet geheel ter vrije bepaling van partijen, dus van een onbeperkte beschikkingsvrijheid van partijen op dit punt zal geen sprake kunnen zijn. Een marginale rechterlijke toets aan wet, verdragen en jurisprudentie beoogt de belangen van de kinderen immers te beschermen en daar kunnen bovengenoemde rechters zich ook goed in vinden (vgl. ook par. 4).

Wel geheel ter vrije bepaling van partijen staan de – doorgaans vermogensrechtelijke – gevolgen van echtscheiding die de echtgenoten onderling betreffen. Uit de tekst en het systeem van de wet vloeit immers voort dat bij deze gevolgen sprake is van een (materiële) beschikkingsvrijheid van partijen en van een daarmee corresponderende (processuele) partijautonomie.<sup>41</sup> Zo mogen partijen bij hun afspraken omtrent partneralimentatie afwijken van de wettelijke maatstaven. Slechts een *grove* miskenning van die wettelijke maatstaven kan immers aanleiding zijn tot wijziging (op verzoek van een partij) door de rechter van een overeenkomst betreffende levensonderhoud (art. 1:401 lid 5 BW).

Als voor het ouderschapsplan een marginale toets al volstaat, dan zal dit zeker het geval zijn voor deze vermogensrechtelijke gevolgen voor de echtgenoten onderling. Sterker nog: in geval van een geschil zou de rechter niet of onvoldoende betwiste stellingen die ter vrije bepaling van partijen staan, als vaststaand moeten

37 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1, 3-4 en 6-7; *Kamerstukken II* 2006/07, 30 145, nr. 6, p. 14; *Kamerstukken I* 2007/08, 30 145, C, p. 7.

38 *Handelingen II* 2006/07, 51, p. 3006-3007.

39 *Handelingen II* 2006/07, 51, p. 3004, 3016-3017 en 3019.

40 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 395.

41 Vgl. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 66-68: ‘(...) Zo gezien is de partijautonomie in het civiele procesrecht een afgeleide van de beschikkingsvrijheid van de burger (...).’

aannemen (art. 284 j° 149 Rv). Naar analogie zou dus mijns inziens voor gevallen zonder geschil ook betoogd kunnen worden dat de rechter de ter vrije bepaling van partijen staande afspraken als vaststaand moet aannemen.

### 5.3 En wat als de toets wel negatief uitvalt?

Uit het voorgaande blijkt dat de rechter echtscheidingsconvenanten en ouderschapsplannen doorgaans slechts marginaal kan toetsen. Bij een dergelijke marginale toets zullen evidente inbreuken op wet, verdrag of jurisprudentie uiteraard wel aan het licht komen. Een ouderschapsplan waarin zonder goede reden niets omtrent omgang is geregeld of waarin ouders kiezen voor eenhoofdig gezag, is in strijd met de wet. Ook een kinderverhoor waaruit blijkt dat de minderjarige het niet eens is met de afspraken van de ouders, moet voor de rechter reden voor opmerkzaamheid zijn. In de literatuur is men het erover eens dat de rechter in dergelijke gevallen actie moet ondernemen door bijvoorbeeld de ouders om een nadere toelichting te vragen of door de zaak op zitting te zetten.<sup>42</sup> Volgens de MvT mag de rechter 'ouders (...) vragen het ouderschapsplan te wijzigen'.<sup>43</sup> Het is te verwachten dat de rechter in veel gevallen partijen vervolgens zal weten te bewegen tot het vrijwillig aanpassen van hun afspraken.

Maar wat nu als partijen weigeren hun afspraak te wijzigen? Kan de rechter dan 'ingrijpen en eisen dat het ouderschapsplan wordt aangepast'?<sup>44</sup> Stel dat ouders voor hun minderjarige zoon een omgangsregeling met vader van één weekend per maand zijn overeengekomen en daarvan niet willen afwijken. De rechter is echter van oordeel – mede omdat de zoon heeft aangegeven zijn vader vaker te willen zien – dat de (standaard)regeling van een weekend per veertien dagen in het belang van de zoon is. Kan de rechter dan de afspraak van partijen opzij zetten en ambtshalve – immers zonder een daartoe strekkend verzoek – vervangen door een uitspraak waarin hij een ruimere omgangsregeling bepaalt?

De wetsgeschiedenis biedt weinig aanknopingspunten voor een antwoord op deze vraag. Minister Rouvoet heeft aangegeven dat de rechter 'beperkt de mogelijkheid [heeft] om in te grijpen'.<sup>45</sup> Niet duidelijk wordt echter wat dit 'ingrijpen' inhoudt. De Raad voor de rechtspraak, geciteerd door toenmalig minister Donner, meldt dat na een toets door de rechter 'soms [wordt] afgeweken van afspraken tussen partijen'.<sup>46</sup> Dit zou een voorzichtige aanwijzing kunnen zijn dat de rechter ambtshalve een van partijafspraken afwijkende beslissing zou mogen nemen.

Veel duidelijker op dit punt is de wettekst zelf. De artikelen 1:251a lid 4 en 1:377g BW bieden de rechter de gelegenheid om *ambtshalve* te beslissen tot eenhoofdig gezag resp. over omgang en informatie en consultatie, mits blijkt dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder hierop prijsstelt. In bovenstaand voorbeeld is de rechter naar mijn mening dan ook, gehoord de minderjarige, bevoegd tot het geven

42 Vgl. Van Teeffelen 2006, p. 155; Ackermans-Wijn & Brands-Bottema 2009, p. 51; *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 395 en 411.

43 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 6.

44 Vraag van PvdA-senator Haubrich-Gooskens: *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 395.

45 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 411.

46 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 132, p. 4.

van een ambtshalve beslissing inhoudende een ruimere omgangsregeling, die de afspraak van partijen dus opzij zet.<sup>47</sup>

## **6      Eerste ervaring in praktijk: marginale, maar serieuze toets**

Toenmalig minister van Justitie Donner sprak destijds de hoop uit dat de inhoudelijk aan het ouderschapsplan te stellen eisen zich geleidelijk in de praktijk zouden uitkristalliseren.<sup>48</sup> Inmiddels hebben de rechtbanken ruim een halfjaar ervaring met de nieuwe regeling van het ouderschapsplan opgedaan en dus ook met het toetsen daarvan. Uit de – in aantal vooralsnog bescheiden – gepubliceerde uitspraken rijst naar mijn mening een wisselend beeld aangaande de toetsing van ouderschapsplannen.

Enerzijds zijn er uitspraken waarin het ouderschapsplan als voldoende is getoetst. Deze uitspraken zijn op dit punt summier gemotiveerd. Zo wordt een verzoek krachtens artikel 819 Rv tot opnemning in de beschikking van een echtscheidingsconvenant of ouderschapsplan eenvoudigweg ‘als niet weersproken en op de wet gegrond’ toegewezen.<sup>49</sup> Ook in een andere zaak wordt een dergelijk verzoek toegewezen, maar nu met de enkele motivering dat ‘partijen het eens zijn en de in het ouderschapsplan vervatte regeling in het belang van de minderjarige wordt geacht’.<sup>50</sup> Het blijft dus gissen *waarom* het ouderschapsplan in dit geval in het belang van het kind is. De Rechtbank Utrecht wijst ten slotte de gevraagde nevenvoorzieningen toe ‘nu partijen het hierover eens zijn en de verzoeken op de wet gebaseerd zijn’.<sup>51</sup>

Anderzijds blijkt dat rechters daadwerkelijk aan het toetsen zijn geslagen, zowel bij eenzijdige als gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding. Er zijn uitspraken waarin het ouderschapsplan de toets der kritiek niet doorstaat omdat dit naar het oordeel van de rechtbank slechts de wensen van een der partijen verwoordt.<sup>52</sup> Voorts blijkt dat rechtbanken serieus toetsen of voldaan is aan de wettelijke meldplicht betreffende de wijze waarop de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan (art. 815 lid 4 Rv).<sup>53</sup> Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt dit ook – met het oog op het belang van het kind – uitdrukkelijk van de rechters verwacht.<sup>54</sup> En ook aan andere wettelijke minimumeisen voor het ouderschapsplan wordt expliciet getoetst. Zo constateert de Rechtbank Maastricht dat in het ouderschapsplan ten onrechte een regeling ontbreekt betreffende de wijze waarop ouders elkaar informeren en consulteren (art. 815 lid 3 sub b Rv).<sup>55</sup>

<sup>47</sup> Zie anders Wortmann in deze bundel, par. 3.

<sup>48</sup> *Handelingen II* 2004/05, 85, p. 5101.

<sup>49</sup> Rb. Den Haag 28 januari 2009, LJN BH3091. Dateert dus van vóór 1 maart 2009.

<sup>50</sup> Rb. Arnhem 1 maart 2009, LJN BH5158.

<sup>51</sup> Rb. Utrecht 9 september 2009, LJN BJ7408.

<sup>52</sup> Rb. Rotterdam 17 juli 2009, LJN BK1422 en Rb. Utrecht 2 september 2009, LJN BJ6994.

<sup>53</sup> Rb. Rotterdam 17 juli 2009, LJN BK1422; Rb. Maastricht 29 juli 2009, LJN BJ5265; Rb. Utrecht 14 oktober 2009, LJN BK0439, hierin wordt een onderscheid gemaakt tussen een formeel en materieel vereiste betreffende de betrokkenheid van kinderen.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 18; *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 408.

<sup>55</sup> Rb. Maastricht 29 juli 2009, LJN BJ5265.

De praktijk lijkt zich dus flexibel aan de nieuwe situatie te conformeren. Er wordt over het algemeen serieus getoetst. Wel blijkt dat rechtbanken uitsluitend toetsen of voldaan is aan de wettelijke minimumeisen voor het ouderschapsplan, zonder dat zij inhoudelijk ingaan op de vraag of de afspraken daadwerkelijk in het belang van het kind zijn. Geconcludeerd kan dan ook worden dat rechters marginaal toetsen, precies zoals vanuit de praktijk werd voorspeld (par. 4).

## 7 Concluderend

De verantwoordelijke ministers propageren een uitgebreide toets van partijafspraken, waarbij niet alleen aan wet, verdragen en jurisprudentie getoetst dient te worden, maar ook aan het belang van het kind of de zwakkere echtgenoot. Praktisch gezien maakt het verloop van procedures op gemeenschappelijk verzoek – in beginsel immers zonder mondelinge behandeling – een toets aan het belang van het kind of de zwakkere echtgenoot doorgaans echter niet goed mogelijk. Dit is niet slechts een praktische kwestie. Aan dit procesverloop ligt namelijk de principiële gedachte ten grondslag van beschikkingsvrijheid en autonomie van partijen: het procesverloop brengt tot uitdrukking dat het juist de bedoeling is dat de rechter zich slechts in beperkte mate kan bemoeien met de inhoud van de afspraken tussen partijen. In zoverre staat de door de ministers bepleite uitgebreide toets dus op gespannen voet met deze regels van procesrecht en de daaraan ten grondslag liggende gedachte.

Anderzijds is het in de politieke discussie wel geschetste beeld van een rechter die partijafspraken in het geheel niet zou toetsen niet juist. De ervaringen met het ouderschapsplan sinds 1 maart 2009 laten in ieder geval zien dat rechters in eerste aanleg ouderschapsplannen marginaal, maar serieus toetsen aan de nieuwe wettelijke eisen die aan het ouderschapsplan en de betrokkenheid van de kinderen bij de totstandkoming daarvan worden gesteld.

Indien aanleiding bestaat om de afspraken meer dan marginaal te toetsen, is de rechter daartoe, gelet op opvatting van de ministers, bevoegd. Een kinderverhoor kan de rechter bijvoorbeeld doen besluiten om een zaak toch op zitting te plaatsen, zodat hij in staat zal zijn om afspraken wel aan het belang van het kind te toetsen en zo nodig ambthalfve een van de afspraken van partijen afwijkende beslissing te nemen.